



# A GARANTIA DA PROPRIEDADE NO DIREITO BRASILEIRO\*

*Gustavo Tepedino\*\* e Anderson Schreiber\*\*\**

**SUMÁRIO:** 1. A garantia constitucional da propriedade. A inexistência de uma garantia independente da função social. A função social da propriedade na Constituição brasileira de 1988. 2. A garantia da propriedade privada. O significado da função social e o controle judicial do exercício da situação subjetiva de propriedade. As proteções clássicas da propriedade privada e sua expansão às “novas propriedades”. 3. A garantia da propriedade pública. A questão da função social dos bens públicos e o problema da privatização. 4. A propriedade no âmbito do direito privado internacional. Tratados e convenções assinados pelo Brasil em matéria de propriedade. A inafastabilidade do cumprimento da função social. O novo significado da garantia da propriedade.

## 1. A garantia constitucional da propriedade. A inexistência de uma garantia independente da função social. A função social da propriedade na Constituição brasileira de 1988.

A Constituição brasileira de 1988 assegura, em seu artigo 5º, inciso XXII, o direito à propriedade.<sup>1</sup> Apressou-se,

\* Trabalho apresentado, sob o título *La garantie de la propriété dans le droit brésilien*, nas *Journées Vietnamiennes de l'Association Henri Capitant des Amis de la Culture Juridique Française*, realizadas na cidade de Hanoi, no período de 17 a 21 de novembro de 2003.

\*\* Professor de Direito Civil da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro e do Programa de Mestrado da Faculdade de Direito de Campos.

\*\*\* Professor de Direito Civil da Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC – Rio).

<sup>1</sup> A rigor, já o revelava o próprio *caput* do artigo 5º, ao determinar: “Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-

todavia, o constituinte em determinar, no inciso XXIII, do mesmo artigo, que "a propriedade atenderá a sua função social." E mostrou-se igualmente diligente ao tratar dos princípios da ordem econômica, referindo-se, no inciso II do artigo 170, à propriedade privada, e, no inciso imediatamente seguinte, à "função social da propriedade."<sup>2</sup> A postura, refletida nestes dispositivos e em outras passagens do texto constitucional, conduz inevitavelmente à conclusão de que, no direito brasileiro, a garantia da propriedade não pode ser compreendida sem atenção à sua função social.

A idéia da função social, como se sabe, vem romper com a concepção individualista e liberal do direito de propriedade. Inspirado pelo modelo do *Code Napoléon*, que define a propriedade como o direito de usar e dispor da coisa "de la manière plus absolue", o Código Civil brasileiro de 1916 tratou da propriedade apenas sob o seu aspecto estrutural, como um feixe de poderes atribuídos ao proprietário.<sup>3</sup> Era natural, por isso e por razões históricas, que se visse na propriedade um direito cuja única função era atender aos interesses particulares do seu titular. Ainda que abusos mais visíveis no exercício deste direito viessem coibidos por figuras como o abuso do direito ou a teoria dos atos emulativos, é certo que, em um país de formação essencialmente latifundiária, como o Brasil, os excessos do poder do proprietário passavam muitas vezes despercebidos, sobretudo se praticados em face de interesses não-proprietários.

Foi somente com a Constituição de 1946, produto de uma postura intervencionista e assistencialista adotada

---

se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...) XXII – é garantido o direito de propriedade".

<sup>2</sup> "Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: (...) II – propriedade privada; III – função social da propriedade".

<sup>3</sup> Seja permitido remeter a Gustavo Tepedino, *Contornos constitucionais da propriedade privada*. In: *Temas de direito civil*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 269.

pelo Estado brasileiro após os anos 30, que se introduziu em nosso ordenamento a preocupação com a funcionalização da propriedade ao interesse social. O artigo 147 do referido texto constitucional em muito se assemelhava àquele estampado na Constituição de Weimar: “O uso da propriedade será condicionado ao bem estar social. A lei poderá, com observância do disposto no art. 141, § 16, promover a justa distribuição da propriedade com igual oportunidade para todos”. O preceito repetiu-se no texto constitucional de 1967, que se encarregou ainda de elevar a função social à categoria de princípio da ordem econômica e social.<sup>4</sup>

Nunca, porém, em toda a história constitucional brasileira, a função social recebeu tratamento tão amplo e tão concretizante como o que se vê na atual Constituição. Não foi ela apenas referida como direito e garantia individual e como princípio da ordem econômica, mas ganhou, ao lado de seu adequado posicionamento no sistema constitucional, indicação de um conteúdo mínimo, expresso no que tange à propriedade imobiliária. Escapando à generalidade e abstração que marcavam a matéria nas constituições anteriores, e que permitiam a sua flutuação no jogo político cotidiano, o artigo 186 da Constituição de 1988 traçou requisitos objetivos para o atendimento da função social da propriedade rural, determinando *in verbis*: “A função social é cumprida quando a propriedade rural atende, simultaneamente, segundo critérios e graus de exigência estabelecidos em lei, aos seguintes requisitos: I – aproveitamento racional e adequado; II – utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente; III – observância das disposições que regulam as relações de trabalho; IV – exploração que favoreça o bem-estar dos

---

<sup>4</sup> “Art. 160. A ordem econômica e social tem por fim realizar o desenvolvimento nacional e a justiça social, com base nos seguintes princípios: (...) III – função social da propriedade”.

proprietários e dos trabalhadores.” O mesmo ocorreu com relação à propriedade imobiliária urbana, tendo a Constituição especificado, em seu artigo 182, §2º, que “a propriedade urbana cumpre sua função social quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor.”

A inovação do constituinte de 1988 não foi um mero acolhimento das tendências mundiais. Embora a melhor doutrina já reconhecesse, por toda parte, a função social da propriedade, não eram poucos os ataques que a noção sofria, fossem oriundos das camadas sociais mais conservadoras, receosas de perderem os poderes absolutos que detinham sobre seus bens, fosse por parte dos setores de esquerda, que, em geral, consideravam a função social como uma fórmula abstrata de legitimação da propriedade capitalista, incapaz de alterar seu aspecto estrutural.<sup>5</sup> O pioneirismo do constituinte brasileiro, fixando critérios objetivos mínimos de realização da função social, evitou este risco, assegurando a efetividade da fórmula

---

<sup>5</sup> É o que registra Ugo Natoli, em passagem inteiramente aplicável ao contexto brasileiro: “L’affermazione della funzione sociale della proprietà viene, infatti, considerata da destra un grosso pericolo per i detentori del privilegio economico, che potrebbero vedere malamente intaccato il loro potere. (...) La stessa affermazione viene d’altra parte attaccata da (una certa) sinistra, che la considera sostanzialmente mistificatoria, perché capace di nascondere agli ‘esclusi’ la vera essenza della situazione, coprendo la realtà con un velo puramente illusorio e concorrendo così a frenare ogni movimento verso un’effettiva evoluzione dei rapporti sociali in senso progressivo.” (Ugo Natoli, *Funzione sociale e funzionalizzazione della proprietà e dell’impresa tra negazione e demistificazione*, In: *Studi per Ermanno Graziani*, Pisa: Pacini Editore, 1973. p. 480). Neste último sentido, é de se conferir, entre nós, a lição de Orlando Gomes: “Se não chega a ser uma mentira convencional, é um conceito ancilar do regime capitalista; por isso que, para os socialistas autênticos, a fórmula função social, sobre ser uma concepção sociológica e não um conceito técnico-jurídico, revela profunda hipocrisia pois ‘mais não serve do que para embelezar e esconder a substância da propriedade capitalística’. É que legitima o lucro ao configurar a atividade do produtor de riqueza, do empresário, do capitalista, como exercício de uma profissão no interesse geral. Seu conteúdo essencial permanece intangível, assim como seus componentes estruturais. A propriedade continua privada, isto é, exclusiva e transmissível livremente. Do fato de poder ser desapropriada com maior facilidade e de poder ser nacionalizada com maior desenvoltura não resulta que a sua substância se estaria deteriorando.” (GOMES, Orlando. *Direitos reais*. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 109).

como meio de controle do exercício da situação subjetiva de propriedade, em um modelo que, embora bem sucedido, deixou de ser observado na legislação infra-constitucional mais recente.<sup>6</sup> É, hoje, ampla a invocação jurisprudencial da função social da propriedade, quer pelos tribunais estaduais, quer pelos tribunais superiores, e sua aplicação já há muito supera as hipóteses clássicas suscitadas pela doutrina civilista tradicional.<sup>7</sup> A noção encontra-se de tal forma consolidada na experiência brasileira dos últimos anos, que não há dúvidas de que a garantia da propriedade não pode ser vista mais à parte de sua conformação aos interesses sociais. Em outras palavras: não há, no texto constitucional brasileiro, garantia à propriedade, mas tão-somente garantia à propriedade que cumpre a sua função social.

---

<sup>6</sup> Assim, o novo Código Civil brasileiro refere-se à função social do contrato em seu artigo 421 ("a liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato"), sem fixar-lhe qualquer parâmetro objetivo mínimo. A fórmula, embora bem intencionada, foi mantida na abstração e na generalidade, e corre o risco de se tornar inefetiva na prática jurisprudencial.

<sup>7</sup> Confira-se, por exemplo, a decisão do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, que invocou a função social da propriedade como razão legitimadora da conduta da administração pública na apreensão de máquinas de bingo e outros jogos eletrônicos. Concluiu o acórdão: "1- A diversão proporcionada por máquinas eletrônicas "big bingo frutinha e copa 98" - tem a natureza jurídica de contrato de jogo, bilateral, oneroso e aleatório, conforme definido na lei civil e não se regula pelas normas gerais sobre desporto porque não tem a finalidade específica de obter recursos para atividades esportivas. 2- Os direitos à propriedade, ao trabalho e a livre iniciativa harmonizam-se com a respectiva função social e não constituem obstáculo à ordem pública e ao bem estar coletivo 3- Nesse aspecto, a apreensão dessas máquinas de diversão eletrônicas para perícia unitária, quando as suas características e as do jogo nelas inseridos insinuam provável nocividade ao interesse público, configura ato administrativo de polícia válido e eficaz, porque realizado com o intuito de assegurar a proteção aos seus usuários e, como consequência, de preservar a ordem pública e o interesse coletivo, em harmonia com a função social da propriedade, do trabalho e da livre iniciativa." (TJRJ, Mandado de Segurança 2001.004.00908, 15.1.2002).

## 2. A garantia da propriedade privada. O significado da função social e o controle judicial do exercício da situação subjetiva de propriedade. As proteções clássicas da propriedade privada e sua expansão às "novas propriedades."

A constatação acima apresentada opõe-se àquelas teorias que vêem na função social um princípio a ser balanceado com o princípio da propriedade privada, como dois vetores em direções opostas. A função social compõe a propriedade. A propriedade é, ao menos neste sentido, função social, como todo instituto é o complexo que resulta de sua estrutura e de sua função.<sup>8</sup> Não há, assim, que se falar em um espaço mínimo, ao qual a propriedade de cada indivíduo se retrairia, para manter-se imune ao avanço do interesse social. A função social é, antes, capaz de moldar o estatuto proprietário em toda a sua essência, constituindo, como sustenta a melhor doutrina, o título justificativo, a causa, o fundamento de atribuição dos poderes ao titular.<sup>9</sup> A propriedade que não se conforma, portanto, aos interesses sociais relevantes, não é digna de tutela como tal, e não há neste condicionamento uma priorização da função social sobre a garantia da

---

<sup>8</sup> PUGLIATTI, Salvatore. *La Proprietà nel Nuovo Diritto*. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1964. p. 300: "Non soltanto la struttura per sé conduce inevitabilmente al tipo che si può descrivere, ma non individuare, bensì inoltre la funzione esclusivamente è idonea a fungere da criterio d'individuazione: essa, infatti, dà la ragione genetica dello strumento, e la ragione permanente del suo impiego, cioè la ragione d'essere (oltre a quella di essere stato). La base verso cui gravita e alla quale si collegano le linee strutturali di un dato istituto, è costituita dall'interesse al quale è consacrata la tutela. L'interesse tutelato è il centro di unificazione rispetto al quale si compongono gli elementi strutturali dell'istituto (...)".

<sup>9</sup> Seja permitido remeter a TEPEDINO, Gustavo. *Contornos constitucionais da propriedade privada*. cit., p. 281-282, em que se acrescentou: "A despeito, portanto, da disputa em torno do significado e da extensão da noção de função social, poder-se-ia assinalar, como patamar de relativo consenso, a capacidade do elemento funcional em alterar a estrutura do domínio, inserindo-se em seu *perfil interno* e atuando como critério de valoração do exercício do direito, o qual deverá ser direcionado para um *massimo sociale*."

propriedade, uma pretendida *hierarquização* de normas constitucionais, mas uma mera interpretação sistemática do texto maior, que põe em evidência os valores existenciais e solidários, a cuja concreta realização não apenas a propriedade, mas todas as situações jurídicas subjetivas devem se direcionar.

A garantia da propriedade não tem incidência, portanto, nos casos em que a propriedade não atenda a sua função social, não se conforme aos interesses sociais relevantes cujo atendimento representa o próprio título de atribuição de poderes ao titular do domínio.<sup>10</sup> O efetivo controle desta conformidade somente pode ser feito em concreto, pelo Poder Judiciário, no exame dos conflitos que se estabelecem entre os interesses proprietários e aqueles não-proprietários. Os tribunais brasileiros têm desempenhado seu papel, como se vê das decisões mais recentes. O Superior Tribunal de Justiça, por exemplo, já decidiu que hospitais particulares devem atender à função social representada pelo interesse geral à saúde e ao trabalho, e, portanto, estão compelidos a aceitar o ingresso de médicos e a internação dos respectivos pacientes em suas instalações, ainda que esses médicos sejam estranhos ao seu corpo clínico:

(...) Daí que a sentença, baseando-se na função social da propriedade, e se louvando igualmente, no particular, em prestigiosa doutrina, deu à espécie, a meu sentir, correta solução. Com efeito, no caso de internamento de

---

<sup>10</sup> Isto, todavia, não significa que se possa confundir o tema da conformação da propriedade com o da expropriação: "Questo significa che la problematica della proprietà è sempre fondata su questa netta distinzione: problema della conformazione dello statuto proprietario da un lato, problema dell'espropriazione dall'altro. Non si possono far coincidere questi due concetti sostenendo che la conformazione è uguale all'espropriazione." (PERLINGIERI, Pietro. *Crisi dello stato sociale e contenuto minimo della proprietà - atti del convegno Camerin*. 27-28 maggio 1982. Napoli: E.S.I. Napoli, 1982. p. 162).

pacientes, existe interesse maior (do próprio paciente, ou de seu médico), e olhem que a saúde é direito de todos embora seja dever do Estado!, interesse que nem sempre há de coincidir com o do proprietário do hospital privado. (...) o direito aqui nestes autos proclamado não se choca com o direito de propriedade, pois este, em sendo um direito, é um direito sujeito a limitações, ou, noutras palavras, a propriedade é privada, mas a sua função é social.<sup>11</sup>

Outro exemplo encontra-se em polêmica decisão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, que considerou não cumprir sua função social propriedade rural que, não obstante produtiva, apresentava débitos fiscais de natureza federal, mantendo assentadas, por essa razão, as seiscentas famílias carentes que haviam ocupado a área. A supremacia dos valores existenciais também foi invocada como fundamento da decisão.

Prevalência dos direitos fundamentais das 600 famílias acampadas em detrimento do direito puramente patrimonial de uma empresa. Propriedade: garantia de agasalho,

---

<sup>11</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 27.039-3/SP, julgado em 8 de novembro de 1993, trecho extraído do voto do Min. Nilson Naves. O pedido autoral encontrou amparo, ainda, na Resolução nº 1.231/86, do Conselho Federal de Medicina, que, em seu artigo 1º, assegura a todo médico o direito de utilizar-se das instalações de qualquer hospital público ou privado, ainda que não faça parte do seu corpo clínico. O recorrente invocou, também, os artigos 20 e 25 do Código de Ética Médica, que tipificam o cerceamento de atividade profissional. O proprietário do hospital, por outro lado, sustentou que as aludidas normas administrativas violavam o seu direito de propriedade, consubstanciado no artigo 524 do Código Civil, que na condição de norma hierarquicamente superior, deveria prevalecer. A decisão invocou a função social da propriedade (artigo 5º, XXIII, da Constituição da República), a fim de afastar a pretendida violação ao dispositivo do Código Civil.



casa e refúgio do cidadão. Inobstante ser produtiva a área, não cumpre ela sua função social, circunstância esta demonstrada pelos débitos fiscais que a empresa proprietária tem perante a união.<sup>12</sup>

A conformação da situação subjetiva de propriedade à sua função social revela-se, de fato, como importante meio pacífico e institucional de solução dos dramáticos conflitos que se estendem no meio rural brasileiro. A função social da propriedade tem também sido invocada em situações mais cotidianas, como se vê da decisão do Tribunal de Justiça do Paraná, que encontrou, na função social da propriedade, o legítimo fundamento para exigência de instalação, em bancos comerciais, de bebedouros e sanitários acessíveis aos seus clientes.

Cabe ao município a política de desenvolvimento urbano e a propriedade urbana exerce função social em obediência às exigências fundamentais do plano diretor da cidade. A imposição de sanitários abertos à clientela dos bancos atende ao fim social da propriedade.<sup>13</sup>

À propriedade que cumpre sua função social, o ordenamento jurídico atribui ampla proteção. Em nível constitucional, tutela-se, por exemplo, a inviolabilidade do domicílio e limita-se a possibilidade de desapropriação,

<sup>12</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Agravo de Instrumento nº 598.360.402 – São Luiz Gonzaga, julgado em 6 de outubro de 1998, Rel. Des. Elba Aparecida Nicolli Bastos, trecho extraído da ementa oficial. Para o exame dos aspectos mais polêmicos dessa decisão, seja permitido remeter à TEPEDINO, Gustavo; SCHREIBER, Anderson. O papel do Poder Judiciário na efetivação da função social da propriedade, In: *Questões agrárias – julgados comentados e pareceres*. São Paulo: Método, 2002. p. 91-131.

<sup>13</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Apelação Cível 79.573-5 - Londrina, julgada em 28 de setembro de 1999, trecho do voto do Rel. Des. Fleury Fernandes.

procurando-se assegurar a justa indenização.<sup>14</sup> Em nível infraconstitucional, o Código Civil de 2002, como já fazia o código anterior, assegura, por exemplo, ao proprietário, o direito a reivindicar o bem de sua propriedade de quem quer que injustamente o detenha.<sup>15</sup> A intensa tutela da propriedade privada se vislumbra também no Código Penal, que tipifica uma série de condutas que representam crimes praticados contra a propriedade privada, como o roubo, o furto e a apropriação indébita.

Este rol de proteções “clássicas” à propriedade privada, já exaustivamente descrito pela doutrina, vem, no que aplicável, tutelar também aquelas novas situações jurídicas subjetivas cuja formulação tem sido construída com base no modelo proprietário. Assim, as marcas, patentes e todas as expressões da assim chamada “propriedade intelectual” vêm artificialmente desenvolvidas sob os moldes de um estatuto proprietário, justamente para atrair a eficácia protetiva que se atribui à propriedade privada.<sup>16</sup> Também, nestes casos, todavia, não se pode deixar de referir à função social que deve ser desempenhada por estas novas situações jurídicas subjetivas, a serem igualmente condicionadas aos interesses sociais relevantes e ao desenvolvimento da personalidade humana, fim maior do nosso sistema civil-constitucional.

---

<sup>14</sup> Confira-se, por exemplo, o artigo 182, §3º, da Constituição: “Art. 182. (...) § 3.º As desapropriações de imóveis urbanos serão feitas com prévia e justa indenização em dinheiro.”

<sup>15</sup> O caput do artigo 1.228 do novo Código Civil dispõe: “Art. 1.228. O proprietário tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha.”

<sup>16</sup> A própria Constituição assim se expressa: “Art. 5º. (...) XXIX – a lei assegurará aos autores de inventos industriais privilégio temporário para sua utilização, bem como proteção às criações industriais, à propriedade das marcas, aos nomes de empresas e a outros signos distintivos, tendo em vista o interesse social e o desenvolvimento tecnológico e econômico do País”.

### 3. A garantia da propriedade pública. A questão da função social dos bens públicos e o problema da privatização.

A Constituição refere-se à propriedade sob diversas modalidades. No artigo 170, inciso II, fala em "propriedade privada." No artigo 182, trata da propriedade imóvel urbana; no artigo 186, da propriedade imóvel rural; no artigo 5º, inciso XXIX, refere-se à "propriedade das marcas," e assim por diante. Todavia, ao referir-se à função social, aludiu apenas à "função social da propriedade," não procedendo a qualquer especificação. A observação não é meramente literal.

A doutrina mais recente reconhece a variedade dos estatutos proprietários, conforme seja a propriedade, por exemplo, móvel ou imóvel, urbana ou rural, de grande ou pequena extensão.<sup>17</sup> A diversidade do conteúdo, das garantias, dos modos de aquisição e perda, enfim, da disciplina legal de cada uma das situações jurídicas subjetivas a que se chama de "propriedade" chega a colocar em cheque a própria unidade da denominação.<sup>18</sup> A pluralidade de manifestações do fenômeno proprietário não afasta, contudo, a necessidade de conformação do seu exercício aos interesses sociais relevantes. É evidente que a função social também varia de acordo com o estatuto proprietário em questão, mas o texto constitucional

---

<sup>17</sup> "(...) alludo agli statuti diversi della proprietà nelle varie sue forme, secondo l'intuizione e gli sviluppi che ricevemmo dalle lezioni di Filippo Vassalli e di Salvatore Pugliatti; perciò si è parlato spesso di contenuti minimi (al plurale) delle distinte figure di dominio." (RESCIGNO, Pietro. *Crisi dello stato sociale e contenuto minimo della proprietà*. cit., introdução à obra).

<sup>18</sup> "De fato, a variedade e relatividade da noção de propriedade, conquista inderrogável de um processo evolutivo secular, cujo itinerário, percorrido por qualificada doutrina, não seria nem oportuno nem possível retomar, corrobora a rejeição, há muito intuitivamente proclamada, da propriedade como noção abstrata. Chega-se, por este caminho, à configuração da noção pluralista do instituto, de acordo com a disciplina jurídica que regula, no ordenamento positivo, cada estatuto proprietário." (TEPEDINO, Gustavo. *Contornos constitucionais da propriedade privada*. cit., p. 279).

não deixa dúvidas de que toda propriedade tem, ou deve ter, função social.

Neste sentido, conclui-se que também a chamada propriedade pública tem uma função social.<sup>19</sup> A referência corriqueira à "função social da propriedade privada" explica-se pelo fato de que é, neste âmbito, que a funcionalização opera de forma mais revolucionária, afastando a tradicional noção da propriedade privada como espaço de liberdade individual e tendencialmente absoluta do titular do domínio. A propriedade pública, ao contrário, já se dirige, em tese, ao atendimento dos interesses de todas as pessoas e, por isso mesmo, referir-se à sua função social costuma parecer dispensável, uma repetição inútil daquilo que já lhe é reconhecido como essencial. A verdade, todavia, é que a propriedade pública é, por definição, voltada não ao interesse *social*, mas ao interesse *público*, e o reconhecimento de sua função social impõe uma verificação de conformidade entre estes dois interesses, cuja importância não pode passar despercebida ao intérprete. Na lição de Angelo Lener, inteiramente aplicável ao direito brasileiro:

*L'affermazione della funzione sociale della proprietà è testualmente riferita alla proprietà privata perché la proprietà pubblica è di per sé proprietà-funzione, ma le indicazioni che quell'affermazione sottintende hanno valore, proprio per il contesto che contribuiscono a formare,*

---

<sup>19</sup> A rigor, a própria distinção entre propriedade pública e privada não pode ser vista mais nos termos tradicionais: "Allora fedeltà alla Costituzione significa rispetto del principio di legalità, vuol dire attuare i suoi valori esplicando nell'interpretazione tutta la potenzialità che c'è nel sistema. Sotto questo profilo, proprietà pubblica e proprietà privata, iniziativa economica privata e iniziativa economica pubblica, non sono istituti che possono venire studiati separatamente, come qualcuno pur propone. Essi non sono altro che due facce della medesima realtà: l'impresa, la proprietà, sono aspetti indissolubili dell'organizzazione della struttura economica del paese." (PERLINGIERI, Pietro. *Crisi dello stato sociale e contenuto minimo della proprietà*. cit., p. 158).

*anche per la proprietà pubblica, imponendo, da questo lato, una verifica di corrispondenza fra 'pubblico' e 'sociale'. (...) Anche la proprietà pubblica, dunque, deve rendere il conto alla funzione sociale. E così le esigenze che il diritto civile, inteso come sopra, è in grado di elaborare riguardo ai beni hanno ragione e titolo per farsi valere non solo nei rapporti interpretati, ma altresì nei confronti del pubblico potere, in un senso chiaramente diverso dal passato.<sup>20</sup>*

O controle de conformidade entre o *público* e o *social* torna-se necessário na medida em que o Estado passa a ser reconhecido não mais como um fim em si mesmo, mas como instrumento a serviço do desenvolvimento da pessoa humana. Portanto, também a propriedade pública, estatal, deve cumprir sua função social, sendo empregada não apenas no atendimento do interesse do Poder Público, mas no atendimento dos interesses sociais privilegiados pelo texto constitucional. Sob este aspecto, contudo, a experiência jurisprudencial não revela a necessária vigilância. A função social vem correntemente invocada como forma de legitimar a atuação restritiva da Administração Pública sobre a propriedade privada, mas não é normalmente invocada como forma de controle do exercício que a própria Administração Pública faz da sua propriedade.<sup>21</sup> Note-se que não se trata de uma duplicação

<sup>20</sup> LENER, Angelo. *Problemi generali della proprietà*, In: *Proprietà privata e funzione sociale – Seminario diretto dal Prof. Francesco Santoro-Passarelli*, Padova: Cedam, 1976. p. 8-9.

<sup>21</sup> Ver, por exemplo, acórdão do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, em que se invocou a função social da propriedade a fim de legitimar a apreensão, pelas autoridades públicas, de veículo que contava com 47 multas de trânsito: "Mandado de segurança. Apreensão de veículo. Ausência de ilegalidade. Débito referente a 47 multas por infração de trânsito, regularmente aplicadas. Liberação condicionada ao prévio pagamento de tributos, multas e encargos

da coibição do desvio de finalidade na utilização de bens públicos: o desvio de finalidade deriva da utilização de um bem público para fins particulares; o controle que a função social vem permitir é o do próprio emprego dado pelo Estado a um bem público, de forma aparentemente legítima e sem especial consideração de quaisquer interesses privados.

O controle do exercício da propriedade do bem público abrange não apenas a sua utilização, como a sua não-utilização, e a sua eventual disposição, ou seja, sua transferência do âmbito público para o âmbito privado, por meio da chamada privatização. No Brasil, o amplo processo de privatização que marcou a década de noventa não foi, sem sombra de dúvida, objeto da necessária discussão com as diferentes camadas sociais, e a acelerada velocidade que lhe foi impressa resultou em ônus de que só agora a população vai tomando consciência.<sup>22</sup> De qualquer forma, é preciso diferenciar, na amplitude do termo privatização, duas espécies de medidas: (i) a alienação de controle de companhias até

---

vinculados ao veículo, na forma do Artigo 124, VIII do Código de Trânsito Brasileiro. Prestação jurisdicional que não pode afrontar literal disposição de lei. Interesse coletivo em manter a ordem que se sobrepõe ao interesse particular, atendendo ao princípio constitucional da função social da propriedade, insculpido no Artigo 5º, XXIII da CRFB. Inexistência de direito líquido e certo a ser amparado por *mandamus*. Sentença mantida. Recurso desprovido." (TJRJ, Apelação Cível 2002.001.29088, 8.7.2003).

<sup>22</sup> Seja permitido remeter a TEPEDINO, Gustavo. Privatização e modernidade. In: *Temas de direito civil*. cit., p. 495-498, em que se denunciavam certas ilegalidades como a subvalorização do preço de venda das ações da Celma, o irregular oferecimento de ações para os empregados das empresas privatizadas a preço vil, e a utilização de moedas logo designadas "podres" no processo de privatização à margem de lei que autorizasse tal procedimento. Ali se concluiu: "A correção urgente dos procedimentos de desestatização poderá evitar problemas graves para o Brasil de amanhã. Ainda é tempo de se evitar a repetição de ilegalidades, nos próximos leilões. Se se pretende ingressar no mundo dos países civilizados, é preciso que se cumpram as leis brasileiras. E que os responsáveis pela privatização procurem ouvir as críticas que lhe foram dirigidas, revendo os seus atos. Essa será a melhor maneira de se preservar o patrimônio público, nossa imagem no exterior e o futuro do próprio processo de privatização."

então públicas, que concorriam com a iniciativa privada no desenvolvimento de atividades de natureza econômica; e (ii) a concessão, permissão e autorização para que empresas privadas prestem, em substituição ao Estado, os serviços públicos. É certo que, nesta última hipótese, a responsabilidade e a propriedade dos bens empregados permanecem, a rigor, públicas, e o regime da prestação destes serviços, não obstante gerida por empresas privadas, não pode se conformar a regras puramente mercadológicas, devendo antes atender aos princípios da acessibilidade e da continuidade dos serviços públicos, e conformar-se plenamente aos interesses sociais constitucionalmente tutelados.

#### **4. A propriedade no âmbito do direito privado internacional. Tratados e convenções assinados pelo Brasil em matéria de propriedade. A inafastabilidade do cumprimento da função social. O novo significado da garantia da propriedade.**

A Constituição equiparou brasileiros e estrangeiros ao assegurar o direito de propriedade.<sup>23</sup> Vedou o acesso de estrangeiros a certos bens, como a propriedade de empresas jornalísticas,<sup>24</sup> mas garantiu a eles, tanto quanto aos nacionais, a tutela do domínio. O Código Bustamante (Convenção de Direito Internacional Privado de Havana, 1928), ratificado pelo Brasil por meio do Decreto 18.871,

---

<sup>23</sup> Confira-se, novamente, o *caput* do artigo 5º, em que se lê: "Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade (...)."

<sup>24</sup> "Art. 222. A propriedade de empresa jornalística e de radiodifusão sonora e de sons e imagens é privativa de brasileiros natos ou naturalizados há mais de dez anos, aos quais caberá a responsabilidade por sua administração e orientação intelectual."

de 13 de agosto de 1929, além de consagrar a regra *lex rei sitae*, determinou em seu artigo 117:

*Artículo 117. Las reglas generales sobre propiedad y modos de adquirirla o enajenarla entre vivos, incluso las aplicables al tesoro oculto, así como las que rigen las aguas de dominio público y privado y sus aprovechamientos, son de orden público internacional.*

Não pode haver dúvida, entretanto, que as normas de direito internacional privado submetem-se ao texto constitucional. A garantia da propriedade, portanto, dirige-se, seja qual for a sua fonte no sistema jurídico brasileiro, à propriedade cumpridora da sua função social, conforme exigido pela Constituição. Algumas convenções, mais modernas em seu conteúdo, já fazem referência à funcionalização da propriedade. Confira-se trecho da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969, também ratificada pelo Brasil:

*1 – Everyone has the right to the use and enjoyment of his property. The law may subordinate such uses and enjoyment to the interest of society.*<sup>25</sup>

E o direito internacional parece, cada vez mais, atento à alteração no sentido tradicional do direito de propriedade, e ao seu condicionamento a valores que transcendem os meros interesses patrimoniais do titular do domínio. É significativa, neste sentido, a passagem da Declaração

<sup>25</sup> Note-se ainda a proteção concedida à propriedade pelos itens seguintes do texto: "2 – No one shall be deprived of his property except upon payment of just compensation, for reasons of public utility or social interest, and in the cases and according to the forms established by law. 3 – Usury and any form of exploitation of man by man shall be prohibited by law."



Americana dos Direitos e Deveres do Homem a respeito da propriedade privada:

*Article XXIII- Every person has a right to own such private property as meets the essential needs of decent living and helps to maintain the dignity of the individual and of the home.*

De fato, o condicionamento da tutela do domínio ao atendimento dos interesses sociais relevantes, e em especial ao atendimento da dignidade da pessoa humana, vem remodelando o direito de propriedade, de modo a conformar os interesses proprietários com os múltiplos interesses não-proprietários, e sobretudo o de conformar os interesses patrimoniais àqueles de natureza existencial. A propriedade vai ganhando, assim, um novo papel no sistema civil-constitucional brasileiro, o de servir de garantia de acesso e conservação daqueles bens necessários ao desenvolvimento de uma vida digna, seja no âmbito dos bens públicos (como os recursos naturais), seja no âmbito dos bens privados (como o imóvel residencial ou bens móveis de uso essencial). Com este significado, sim, parece possível falar em uma garantia de propriedade privilegiada aos olhos do texto constitucional, porque inteiramente a serviço do seu objetivo fundamental: o pleno desenvolvimento da pessoa humana.

### **Referências:**

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 27.039-3/SP, julgado em 8 de novembro de 1993.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Apelação Cível 79.573-5, julgado em 28 de setembro de 1999.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Apelação Cível n. 2002.001.29088, julgado em 8 de julho de 2003.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Mandado de Segurança n. 2001.004.00908, julgado em 15 de janeiro de 2002.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Agravo de Instrumento n. 598.360.402, julgado em 6 de outubro de 1998.

GOMES, Orlando. *Direitos Reais*. Rio de Janeiro; Forense, 2001.

LERNER, Angelo. Problemi generali della proprietà. In *Proprietà privata e funzione sociale* – Seminario Diretto dal Prof. Francesco Santoro-Passarelli. Padova: Cedam, 1976.

NATOLI, Ugo. Funzione sociale e funzionalizzazione della proprietà e dell'impresa tra negazione e desmistificazione. In *Studi per Ermano Graziani*. Pisa: Pacini Editore, 1973.

PERLINGIERI, Pietro. Crisi dello statuto sociale e contenuto minimo della proprietà – atti del Convegno Camerin. 27-28 maggio 1982. Napoli: E.S.I. Napoli, 1982.

PUGLIATTI, Salvatore. La proprietà nel nuovo diritto. Milano: Giuffrè Editore, 1964.

TEPEDINO, Gustavo e SCHREIBER, Anderson. O papel do poder judiciário na efetivação da função social da propriedade. In *Questões agrárias – julgados comentados e pareceres*. São Paulo: Método, 2002.

TEPEDINO, Gustavo. Contornos constitucionais da propriedade privada. In *Temas de Direito Civil*. 2. Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

TEPEDINO, Gustavo. Privatização e modernidade. In *Temas de Direito Civil*. 2. Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

## RESUMO

O objetivo deste trabalho é apresentar o conteúdo da garantia constitucional do direito de propriedade no ordenamento jurídico nacional. Propõe que inexistente uma garantia à propriedade independente de sua função social. Aborda no decorrer da argumentação o significado da função social e o controle judicial da situação subjetiva de propriedade, apontando para a inafastabilidade do cumprimento da função social e aponta o novo significado da garantia da propriedade.

## ABSTRACT

The aim of this work is to show the content of the constitutional property right in the brazilian legal system. It is proposed herein it does not exist a guarantee to property rights independent of its social function. Throughout the argument the meaning of the social function and the legal control of the subjective right property yields, demonstrating the impossibility to disregard due respect to its social function and shows the new meaning of property rights guarantees.